



COE273087

Strasbourg, 7 May 1996
<s:\cd\doc\96\cd\pdg.19>

607
96/1758
Restricted
CDL (96) 19 β
Or.Eng./Fr.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

RAPPORTEURS' COMMENTS

**ON
THE DRAFT CONSTITUTION OF UKRAINE**

**(TEXT APPROVED BY
THE CONSTITUTIONAL COMMISSION
ON 11 MARCH 1996 (CDL (96) 15))**

**to be used as a basis
for a Consolidated Opinion of the Commission**

BY

**Mr G. BATLINER, (Liechtenstein)
Mr L. AGUIAR DE LUQUE, (Spain)
Mrs A. MILENKOVA, (Bulgarie)
Mr H. STEINBERGER, (Germany)
Mr C. SVOBODA, (Czech Republic)
Mr S. BARTOLE, (Italy)
Mr J. KLUČKA, (Slovaquia)**

L'individu dans l'ordre juridique (à l'exception des droits politiques) ukrainien en général et en vertu du Chapitre II ("Human and civil rights and freedoms") en particulier selon le Projet de Constitution de l'Ukraine du 24 février 1996

Gerard Batliner

D'abord, il est à noter que le Projet du 24 février 1996 est dans son ensemble un document impressionnant pour une nouvelle Constitution de l'Ukraine et pour un État démocratique, social et de droit. Les observations suivantes s'entendent comme des remarques ou suggestions concernant certains articles spécifiques, où, selon l'avis du soussigné, des problèmes se posent ou peuvent se poser.

I. L'individu dans l'ordre juridique ukrainien en général selon le Projet de Constitution du 24 février 1996

1. L'ordre normatif et hiérarchique de l'État de droit

La Constitution est la norme suprême (Préambule dernier alinéa; art. 6 par. 2 et art. 8 par. 2). Quant aux normes infraconstitutionnelles, la situation n'est pas tout à fait claire. La technique d'énumérer spécifiquement les matières qui sont réglées par voie de législation ordinaire (art. 92) soulève plusieurs questions: Est-ce que les matières non-énumérées sortent du cadre des compétences du législateur ordinaire (art. 71 et 84 par. 1 point 4)? Qui est compétent de "légiférer" quant aux matières possiblement non-énoncées: Le Président (art. 105 par. 1 point 25 et par. 2) ou le Cabinet des Ministres (art. 114) ou nul organe? Est-ce que dans les domaines réservés au législateur ordinaire celui-ci est le seul à légiférer (art. 92: "The following is to be determined by the laws of Ukraine exclusively ...")? Ou y a-t-il des normes infralégales décidées par un autre organe? Quel est le rang des "universals", décrets et directives présidentiels (art. 105 par. 2) dans l'ordre normatif interne? Le Président exerce "other authority provided for

by the Constitution" (art. 105 par. 1 point 25) est le "guarantor... of compliance with the Constitution" (art. 101 par. 2), protège "the rights and freedoms of citizens" (art. 103 par. 3) et dispose d'un droit d'organisation étendu concernant l'exécutif (art. 105 par. 1 point 13; par contre art. 118).

Tout à fait indépendamment du choix politique concernant la répartition du pouvoir législatif, il est utilisé une technique "législative" qui risque de manquer de précision et, par conséquent, d'être une source de conflits entre les organes de l'État (il faudrait d'ailleurs attribuer à la Cour constitutionnelle à l'art. 150 aussi la compétence de trancher des conflits de compétence), d'entraîner des incertitudes quant à l'application du droit de la part des puissances publiques et de manquer de transparence pour l'individu qui doit se conformer aux normes du matin au soir.

2. Les Droits de l'homme constitutionnels

Je me permets de me référer aux commentaires présentés par M. Luis Aguiar de Luque du 25 avril 1996. Les droits offerts sont tellement riches en nombre et dans leur contenu qu'ils risquent d'être irréalistes. Surtout, la même formule utilisée pour les droits et libertés classiques et les droits sociaux et écologiques ("Every person has the right ...") pose des problèmes quant à l'application.

A titre d'exemples: Comment appliquer directement par les tribunaux les art. 43 ("Every person has the right to satisfactory living standards for himself and for his family, i. e. sufficient food, clothing, housing.") ou l'art. 45 par. 1 ("Every person has the right to a safe and healthy environment, and to compensation for damages resulting from the violation of this right.")? En cas d'expropriation de propriété les tribunaux doivent accorder "full reimbursement of its value" (art. 36 par. 7).

Il est à noter que les Droits de l'homme sont, en cas de conclusion de traités internationaux respectifs, renforcés par le droit international qui sera incorporé

automatiquement dans l'ordre juridique interne - il semble au rang d'une loi ordinaire (art. 9). Il serait conséquent d'inclure expressément dans l'incorporation aussi le droit international coutumier et les principes du droit international généralement acceptés.

3. Les restrictions des Droits de l'homme

a) Les restrictions ordinaires

Je renvoie sur ce point d'une part aux art. 155 par. 1, art. 3 par. 2, art. 16 par. 2, art. 17 et art. 60 par. 2 et d'autre part aux différentes possibilités de restrictions expressément prévues par exemple dans les art. 26, 27 par. 2, 28 par. 1, 29 par. 3, 30 par. 2, 31 par. 1, 34 par. 2, 39 par. 2 et dans la clause générale de l'article 60 par. 1. Pris ces textes dans leur ensemble, j'en tire les conclusions suivantes (est-ce correct?):

D'un côté, l'acquis des Droits de l'homme garanti par la nouvelle Constitution ne peut plus être restreint ou aboli par une modification de la Constitution, mais seulement être amélioré, élargi ou renforcé ("clause d'éternité"). Voir à ce sujet art. 155 par. 1, art. 3 par. 2, art. 16 par. 2 et art. 17. Dans la mesure, où la Constitution a réservé de possibles restrictions, soit pour la législation, soit en appliquant les restrictions dans le cadre de la loi, de telles restrictions doivent être "minimal and shall correspond with the principles of a democratic state" (art. 60 par. 2). Il s'ensuit que toute restriction légale ou appliquée individuellement dans les limites de la loi doit être aussi atténuée que possible ("principe de proportionnalité"), mais ne peut jamais aller aussi loin que d'effacer le droit ("garantie d'essence", art. 17 par. 2 pris isolément et en combinaison avec art. 60 par. 2).

De l'autre côté, la double possibilité de restreindre les droits et libertés en vertu de réserves spécifiques dans une multitude d'articles (par exemple art. 26, 27 par. 2, 28 par. 1 etc.) et aussi en vertu d'une clause générale à l'art. 60 par. 1 se prête à obscurcir et à

saper les droits et libertés, où des restrictions ne devraient pas être admises (par exemple aux art. 22, 23, 50, 53, 55, 56, 57).

Proposition: A l'art. 60 par. 1 biffer le second membre de phrase ("or in order to protect the rights and freedoms of other people, national security, as well as protection of health and morality of the population") et retenir le texte suivant: "Constitutional rights and freedoms may not be restricted, except in cases prescribed by the Constitution and laws adopted in accordance with it." Eventuellement élargir les possibles restrictions légales concrètement dans chaque article du Projet, où de telles restrictions sont admises.

b) **L'état d'urgence**

Voir à ce sujet les art. 38 par. 3; 60 par. 3; 87 point 10; 92 point 26; 105 par. 1 point 18 et 155 par. 2. Il est une des faiblesses du Projet que les conditions spécifiques suivant lesquelles l'état d'urgence peut être proclamé ne sont pas réglées et délimitées au niveau constitutionnel. Le soin de régler l'état d'urgence est délégué entièrement à la législation simple (art. 92 point 26). Aussi, serait-il utile de prévoir expressément à l'art. 150 un contrôle judiciaire par la Cour constitutionnelle concernant les actes proclamant l'état d'urgence et leur étendue.

Par contre, le champ des droits et libertés qui résistent à des restrictions pour motif de l'état d'urgence est extrêmement large: par. ex. art. 27, 30, 42, 51. C'est irréaliste.

4. **La protection judiciaire de l'individu et la séparation et l'indépendance du pouvoir judiciaire**

a) **Accès de l'individu à des tribunaux indépendants en matière pénale, civile et administrative**

L'art. 50 par. 2 garantit "the right to appeal to the courts from the decisions, actions or inactivity of bodies of state power ..." C'est une formule qui couvre le domaine des

activités administratives, où l'autorité prend des décisions contre lesquelles il existe un recours à des tribunaux (indépendants). Telle situation de décision préalable de l'autorité publique n'existe en principe pas en matière pénale ou civile. Mais il est indispensable de prévoir aussi en matière pénale et civile un droit constitutionnel d'avoir accès à des tribunaux indépendants (conformément à l'art. 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme).

Le rôle du Procureur (art. 119-121) ne peut être apprécié sans connaissance de la loi. Que veut dire "the investigation of crimes" (art. 119 point 2) ou "representation ... of the citizen in courts" (art. 119 point 5)?

Pour éviter toute ambiguïté concernant le pouvoir judiciaire et à l'encontre des puissances exécutives, il est à considérer d'ajouter à l'art. 122 première phrase "and exclusively": "Justice in Ukraine is exercised entirely and exclusively by courts."

b) Accès de l'individu à des tribunaux nationaux et aux organes internationaux en matière des Droits de l'homme

Tel accès est prévu à l'art. 50 par. 1 et 4. Il résulte des compétences de la Cour constitutionnelle spécifiées (art. 145 et 150 ss.) per argumentum e contrario que les droits et libertés constitutionnelles sont garanties et appliqués par les tribunaux ordinaires (art. 122 ss.), au niveau de toutes les instances judiciaires. La pratique dans d'autres pays témoigne que souvent les violations des Droits de l'homme résultent de l'application pure et simple de lois ou autres normes qui, quant à elles, sont contraires à la Constitution. Si de telles violations se présentent, tout tribunal (qui doit respecter la loi jusqu'à sa cassation éventuelle par la Cour constitutionnelle) devrait dans le cas concret avoir la compétence de s'adresser directement à la Cour constitutionnelle pour le contrôle de la norme en question (contrôle incident). La règle prévue à l'art. 150 par. 2 que, en tel cas, la saisine de la Cour constitutionnelle ne peut se faire que par la Cour suprême et doit passer toujours par cette instance, constitue un obstacle procédural

énorme pour la défense des Droits de l'homme et en réalité un affaiblissement majeur de leur efficacité.

Enfin, le fonctionnement de la Cour constitutionnelle peut-il, en pratique, être bloquée par la non-nomination de juges (art. 87 point 1; art. 105 par. 1 point 19)?

II. L'individu dans l'ordre juridique ukrainien en vertu du Chapitre II ("Human and civil rights and freedoms") selon le Projet de Constitution - observations spécifiques dans l'ordre des articles

L'art. 3 par. 1 se lit entre autres: "The human being ... and dignity ... are recognized ... as the highest social value." Ce texte peut donner, dans la version anglaise, l'impression, comme si la personne était évaluée ou déterminée à partir ou en fonction de la société - et non pas dans sa valeur et dignité inhérente, préétablie, unique, irremplaçable et incommensurable. Il est bien possible que tel problème ne se pose pas en langue originale ukrainienne.

Art. 16 et 17: Voir observations supra I point 3 a.

Art. 22: J'en déduis que la peine de mort est abolie.

Art. 24 dernier par.: A considérer une formule plus précise (voir art. 5 par. 4 de la Convention européenne des Droits de l'homme).

Art. 25 part. 2: Ajouter les mots "conformément à la loi" ("... except in cases of a court decision pursuant to [ou: in accordance with] the law.").

Art. 29: Emprunter le texte "Censorship is prohibited" de l'art. 12 et l'insérer à l'art. 29.

Art. 32 dernier par.: Ajouter les mots "conformément à la loi" ("only by court order in accordance with the law.").

Art. 36 par. 2, 7 et 9: Proposition pour le par. 2: "Every person has the right to own, acquire, alienate, use ..."

Le "full reimbursement of its value" au par. 7 peut causer des problèmes aux fonds publiques.

Proposition pour par. 9: "The use of property may only be restricted by law in order to protect the rights ..."

Art. 37 par. 1 et 4: Introduire au par. 1 les mots: "Every person has the right freely to choose the profession or occupation or to conduct entrepreneurial ..."

Par. 4: "the state protects by law the interests ..."

Art. 38 par. 3: Insérer les mots "conformément à la loi" ("... pursuant to a court decision in accordance with the law or in accordance ...").

Art. 46 par. 1: Modifier la première phrase: "The right to marry is based upon the free consent of a woman and a man of marriageable age."

Art. 50 par. 2: Il est d'indispensable d'inclure également le droit d'avoir accès à des tribunaux indépendants et impartiaux et compétents à rendre des jugements en matière de droit civil et pénal. Voir observations supra I point 4 a.

Art. 60: Pour les par. 1 et 2, voir observations supra I point 3 a. Au par. 1 retenir seulement le texte suivant: "Constitutional rights and freedoms may not be restricted, except in cases prescribed by the Constitution and laws adopted in accordance with it."

Par. 3: Voir observations supra I point 3 b.

Commentaire au Projet de Constitution de l'Ukraine (Chapitre II)

Luis Aguiar de Luque

Le présent Rapport a pour objet d'analyser le Chapitre II du Projet de Constitution de l'Ukraine élaboré par le groupe de travail de la Commission Constitutionnelle; un texte qui a été adopté le 24 février 1996 et qui a obtenu le soutien des représentants du Président de l'Ukraine, de la Suprême Rada de l'Ukraine, de la Cour Suprême de l'Ukraine, et de la Haute Cour d'Arbitrage de l'Ukraine.

Ce Chapitre II consacré, comme son titre l'indique, aux "Droits fondamentaux et libertés publiques" comprend les articles 16 à 24 du Projet, et ne se trouve point structuré en aucune subdivision par titres, sections, alinéas, etc.

Comme on peut en déduire de la simple prise de conscience des chiffres mentionnés, il s'agit d'un long Chapitre qui comprend 49 articles que contiennent un vaste ensemble de dispositions matérielles et un traitement minutieux et détaillé des droits et libertés les plus caractéristiques du constitutionnalisme démocratique contemporain.

Comme point de départ on peut commencer en indiquant que le catalogue de droits et libertés reconnus dans le Projet doit faire l'objet d'une appréciation générale très positive, aussi bien par la vaste relation de droits consacrés dans ledit Chapitre, une relation pouvant être homologuée avec le catalogue de droits proclamés par la Convention de Rome de 1950, aussi bien par les principes généraux qui ont inspiré leur rédaction et la technique juridique employée dans leur proclamation, que parce qu'il s'en déduit une perception du critère général extrêmement favorable à ce que les droits consacrés atteignent à l'avenir le plus haut grade d'opérativité dans l'ordre juridique ukrainien.

1.- Quelques remarques d'ordre général

A. La non structuration du Chapitre II et ses conséquences

Néanmoins, au-delà de cette appréciation général positive, le Chapitre II du Projet ici commenté suscite également quelques questions d'ordre général méritant une brève réflexion, des observations liées fondamentalement à l'absence de distinctions entre les divers préceptes du Chapitre en question. Cette considération générale a une importance particulière dans la mesure où le non établissement de différences peut affecter le régime de garanties des droits fondamentaux ici proclamées.

En effet, comme il ne pouvait pas être autrement, les 49 articles conformant le Chapitre II du Projet de Constitution commenté contiennent des énoncés juridiques de différente teneur:

- Certains de ces préceptes contiennent de simples énoncés matériels qui à l'avenir devront faire partie de l'ordre juridique ukrainien au plus niveau de son système de sources, mais qui dans un sens strict ne peuvent être considérés comme générateurs de véritables droits subjectifs; ainsi, pour citer un exemple, le second paragraphe de l'article 48 qui déclare l'enseignement secondaire obligatoire.
- D'autre préceptes contiennent d'autre part de véritables réserves légales dans un sens technico-juridique et par conséquent, ne peuvent non plus être considérés comme générateurs de droits au sens strict; encore une fois à titre d'exemple peut être citée, entre autres, la réserve légale contenue dans l'article 31 sur les limites au droit d'association.
- Un autre groupe d'articles contient des principes structurels et de fonctionnement de l'ordre juridique que devront conduire la vie juridique à l'avenir, mais qui ne peuvent être considérés comme des droits subjectifs au sens strict; entre autres, le principe de publicité des normes, le principe de non rétroactivité des normes ou le principe "*non bis idem*" consacrés dans les articles 52, 53 et 56 respectivement.
- Il ne manque pas non plus ce qu'un vaste secteur de la doctrine a défini comme les

garanties institutionnelles, ceci est, des préceptes dont la signification va au-delà de la proclamation d'un droit fondamental en faveur des citoyens, c'est la garantie de certaines institutions qui de cette façon resteraient à l'abri du futur législateur ordinaire; la définition de mariage contenue dans l'article 46 du Projet en est un exemple.

- Les quatre derniers préceptes du Chapitre (arts. 61/64) contiennent des devoirs constitutionnels que le constituant impose à tous citoyens ukrainiens de tous les temps à venir.

- Enfin, la plupart des préceptes du Chapitre II du Projet contiennent l'énoncé de véritables droits ("Has the right to..." selon la version anglaise), des droits qui néanmoins sont d'une bien différente structure et contenu étant donné que certains correspondent aux droits civils individuels de liberté traditionnels (le droit à la liberté consacré par l'article 24 en est un bon exemple), d'autres contiennent des libertés publiques (par exemple la liberté d'expression consacrée dans l'article 29), et d'autres peuvent être considérés comme des droits sociaux ou de prestation dans la mesure où l'activité des pouvoirs publics est indispensable pour la pleine virtualité du droit (c'est le cas du droit au logement consacré par l'article 42) ou des droits fondamentaux de nouvelle vague associés au développement technologique de nos jours (c'est le cas de l'article 27 sur l'autodisposition informative consacré dans le dernier de ses alinéas ou l'article 45 sur l'environnement).

La structure juridique de tous ces différents énoncés constitutionnels est de toute évidence bien diverse, ce qui nous mènerait à une certaine classification et systématisation des différents préceptes conformant ce Chapitre, de manière à ce que puissent être établis différents types de garanties pour chacun d'eux en modulant l'intensité de leur efficacité respective en raison du contenu.

En d'autres termes, sous la dénomination "Droits fondamentaux et libertés" selon le titre du Chapitre et sous l'expression "a le droit de..." ("Has the right to...") qui apparaît dans la presque totalité des articles de ce Chapitre, sont insérées des dispositions d'une teneur bien différente dans un sens technico-juridique qui ne peuvent être toujours comprises sous la formulation de Droits au sens strict, ceci est, en tant que générateurs de positions juridiques subjectives pouvant être revendiquées devant les Cours de justice ordinaires. Ne pas établir

des différenciations entre les diverses énoncés peut entraîner, dans la pratique, une certaine dévalorisation des Droits fondamentaux et des libertés qui sont générateurs de véritables droits subjectifs et dont la tutelle et garantie doit être énoncée clairement dans le texte constitutionnel.

En ce sens, il est conseillé d'incorporer une distribution du Chapitre II en différents sous-chapitres et de consacrer un article à la régulation spécifique des différents instruments de garantie (contrôle de la constitutionnalité par le Tribunal Constitutionnel, réserve légale, protection juridictionnelle, etc.) et les préceptes sur lesquels elle est projetée.

B. Le système de garanties des droits

C'est précisément la question des garanties des droits et libertés consacrés dans le Chapitre II ici commenté du Projet qui mérite une seconde réflexion d'ordre général.

Comme il est de tous connu, "les droits valent ce qui vaut leur système de garanties". De nos jours, la théorie et la pratique constitutionnelles des régimes libéraux-démocratiques ont construit un vaste ensemble de mécanismes et d'institutions juridiques dans le but d'assurer la pleine opérativité des droits constitutionnels dans la vie juridique quotidienne. Ce n'est ni le moment ni l'endroit pour dresser une analyse doctrinale sur cet éventail de mécanismes et d'institutions, mais il convient de rappeler quels sont les trois les plus importants, surtout si on considère leur importance au sein de la vie juridique quotidienne:

- Contrôle de la constitutionnalité comme un mécanisme de protection vis-à-vis de possibles violations de droits constitutionnels menées par le législateur ordinaire.

- Réserve légale conçue comme une institution ayant comme finalité la délimitation en faveur du législateur parlementaire des aspects essentiels du régime juridique des droits fondamentaux, ce qui implique parallèlement pour le pouvoir exécutif un frein dans la réglementation des droits et dans l'établissement de limites à ceux-ci sans l'habilitation préalable donnée par le législateur.

- Garantie juridictionnelle des droits fondamentaux par les tribunaux ordinaires contre toute violation des positions juridiques subjectives que ceux-ci octroient.

Inutile de dire, comme il a été indiqué avant, que tous les droits fondamentaux ne font pas l'objet du même grade de protection, mais la différente gradation d'intensité du système de garanties est quelque chose qui correspond à la libre volonté du constituant, en tenant compte de critères historiques et culturels du système politique respectif, dans des standards minimales qu'il est nécessaire de rappeler ici.

Néanmoins, depuis une perspective d'ordre général, il faudrait se demander quel traitement le Projet ukrainien de Constitution considère vis-à-vis de ces mécanismes et institutions de garantie des droits fondamentaux et libertés.

a) Le contrôle de la constitutionnalité

En ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité, le Projet de Constitution qui est maintenant examiné a prévu dans son Chapitre XIII un "Tribunal Constitutionnel de l'Ukraine" qui a comme compétences, entre autres, l'analyse de la conformation des lois et d'autres actes de lois de l'Assemblée Nationale avec la Constitution (art. 150), une institution sans doute applicable au Chapitre II qui régit les droits fondamentaux et libertés, de même que l'article 60 du Projet qui impose que les lois dictées en application des droits constitutionnels et libertés doivent être adoptés selon le texte de la Constitution. Cependant il conviendrait de faire une mention dans cet article 60 au rôle caractéristique du Tribunal Constitutionnel dans la fonction d'assurer l'adéquation de la législation en matière de droits fondamentaux aux dispositions constitutionnelles.

b) La réserve légale en matière de droits fondamentaux

C'est de toute évidence cette deuxième garantie des droits fondamentaux signalée précédemment, ceci est, la réserve de régulation de l'exercice et des limites des droits au législateur parlementaire en tant que représentant de la volonté populaire, le point qui a suscité le plus de réserves dans le Projet de Constitution. En effet, la réserve légale a comme objet de taxer les possibilités dont dispose le législateur pour limiter les droits et libertés fondamentales et, parallèlement, d'interdire au législateur la possibilité de se prononcer sur des droits fondamentaux de manière significative et générale sans l'habilitation préalable du

représentant de la volonté populaire. L'un et l'autre objectifs ne sont pas pleinement satisfaits dans le Projet ukrainien de Constitution.

D'une part, le Projet contient de nombreuses réserves légale sur des droits ponctuels et concrets (c'est le cas, entre autres, des articles 21, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 39...), en donnant au législateur la faculté pour limiter la portée et la projection des droits faisant l'objet de réglementation constitutionnelle, une habilitation qui a lieu dans un cadre déterminé et selon des circonstances déterminées. Cependant, le cadre et les circonstances habilitantes pour l'incorporation de limites aux droits et libertés fondamentales par voie législative sont en général excessivement ambiguës, et peuvent, s'il y a lieu, constituer une carte blanche pour le législateur de l'avenir qui pourra en certain cas, limiter les droits fondamentaux avec une marge plus ou moins grande de disponibilité. D'autre part, il ne paraît pas toujours qu'il existe conformité entre le droit fondamental qui est censé être limité et les circonstances qui habilitent le législateur pour sa limitation. On doit citer, par exemple, la mention contenue dans l'article 27 alinéa 2 selon laquelle le droit à utiliser une information confidentielle sur une personne sans son consentement préalable peut faire exception par le législateur dans les cas de "l'intérêt de la sécurité nationale, le bien-être économique ou les droits fondamentaux"; il paraît bien générique également les causes qui habilitent la restriction de la liberté de résidence et de circulation prévues dans l'article 28: "protection de la sécurité nationale, l'ordre public, la santé et la moralité de la population ou bien les droits et libertés des autres"; de même, on doit considérer comme excessivement génériques les cas où le législateur peut restreindre le droit d'association selon l'article 31: "l'intérêt national ou de la sécurité publique, la protection de la santé ou de la moralité de la population ou la protection des droits et libertés des autres personnes".

A partir de ce qui a été signalé, il conviendrait de reconsidérer le cadre et les circonstances qui habilitent le législateur pour la limitation des droits. Et en ce sens, il faudrait insérer une clause générale qui assurerait en tout cas que la protection de certains contenus vis-à-vis des interventions juridiques hypothétiques du législateur à venir. Comme exemple, je pense à une formule similaire à celle introduite dans la Loi Fondamentale de Bonn dans son article 19.2 ("en aucun cas un droit fondamental ne pourra être affecté dans son essence"); d'autre part, un vaste secteur de la doctrine a entendu que, à travers cette

expression sont satisfaites les exigences de proportionnalité entre la loi limitative et le droit limité selon ce qui a été dit auparavant.

Mais on doit dire d'autre part, que face à l'habituelle réserve générale de la loi en matière de droits fondamentaux que contiennent les textes constitutionnels des régimes libéraux-démocratiques (à citer comme exemple, art. 34 de la Constitution française, art. 19.1 de la Loi Fondamentale de Bonn ou art. 53.1 de la Constitution espagnole), le Projet de Constitution ukrainien contient dans son article 60 une vaste ouverture au pouvoir en général (et par conséquent, aussi au pouvoir exécutif) pour restreindre ou limiter les droits et libertés fondamentales en dehors de toute habilitation législative et en suffisant pour cela de circonstances habilitantes énormément génériques et de difficile appréciation juridique: les droits et libertés ne peuvent être restreints sauf..., "ou ayant pour objet la protection des droits et libertés d'autres personnes, la sécurité nationale, de même que la protection de la santé et la moralité de la population". Cela signifie, comme le montre la lecture "a sensu contrario" de l'article 60 du Projet, que ce précepte donne une habilitation au pouvoir public en général (et non seulement au pouvoir législatif) pour restreindre les droits constitutionnels pourvu que cette limitation respecte certaines finalités génériques qui sont bien difficiles d'apprécier d'un point de vue juridique, sans que cette capacité pour la limitation des droits ait, en contrepartie, des barrières ou des limites. Une clause de cette nature représente un indéniable péril futur pour les droits fondamentaux. En conséquence, il convient d'établir d'une manière claire et précise dans cet article 60 une réserve légale générale en matière de droits fondamentaux de manière similaire à celle qui existe déjà dans certains ordres déjà cités, afin qu'elle puisse constituer une véritable restriction face à l'éventuelle intervention du pouvoir en matière de droits et libertés fondamentaux.

c) Garantie juridictionnelle

C'est une thèse soutenue à l'unanimité que la garantie par excellence des droits fondamentaux et des libertés publiques dans les systèmes juridiques contemporains est fondée sur l'attribution aux Cours de justice d'un rôle fondamental de protection. Néanmoins, il est vrai que comme il a été déjà signalé, ce genre de garantie n'est pas applicable à tous les droits fondamentaux. En lignes générales, cette garantie juridictionnelle est pleinement applicable

aux droits traditionnels de liberté ayant comme contenu principal la création d'espaces de liberté exemptés à l'ingérence des pouvoirs publics, tandis que, uniquement en une moindre mesure cette protection peut s'étendre aux droits de prestation dont le contenu exige une action positive des pouvoirs publics. En tout cas, ce n'est pas ici où il faut estimer quel type de droits doivent être assurés par le système juridique ukrainien à travers la protection juridictionnelle, étant donné que, comme il a été déjà signalé, c'est une décision d'ordre politique strictement liée aux circonstances historiques culturelles, sociales ou économiques dont l'évaluation correspond de manière exclusive au constituant ukrainien.

Pour sa part, la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux se matérialise dans deux possibilités d'intervention des tribunaux:

- Une possibilité consisterait dans l'emplacement des droits fondamentaux sous la protection du Pouvoir Judiciaire face à une hypothétique intervention gouvernementale à caractère restrictif dans le cadre des droits fondamentaux, de manière à ce qu'il soit inexcusable un contrôle judiciaire préalable de ces actes. Dans le Projet de Constitution ukrainien un bon exposant de ce qui vient d'être dit est constitué par la prévision contenue dans l'article 25 lorsqu'il impose l'intervention judiciaire préalable aux entrées dans des domiciles privés ou la prescription reprise dans l'article 32.4 lorsqu'il établit que les associations peuvent être interdites ou dissoutes uniquement à travers une ordre judiciaire. Cependant, le texte du Projet présente aussi beaucoup d'autres possibilités d'intervention gouvernementale dans le cadre des droits et dans lesquelles peut-être conviendrait-il d'établir une garantie juridictionnelle comme celle qui vient d'être signalée; concrètement je fais allusion aux possibles ingérences à l'inviolabilité des communications (art. 26) ou la possible restriction de la liberté d'expression (art. 29) qui peuvent, surtout dans le deuxième cas, se transformer à l'avenir dans une véritable censure préalable de la liberté d'expression.

- La deuxième modalité que peut revêtir la garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux consisterait dans l'attribution aux Cours de justice ordinaire de la possibilité d'être saisies des violations des droits et des libertés fondamentaux commises par les pouvoirs publics en général (et en particulier par l'autorité gouvernementale), de façon à ce que les Cours de justice se transforment ainsi dans l'institution par excellence de garantie

des droits. L'importance donnée à la protection juridictionnelle des droits rend obligatoire un traitement particulièrement attentif et soigneux de la question dans les textes constitutionnels, de manière à ce que sa pleine opérativité ne diminue en aucun cas.

Cependant, comme il a été dit auparavant cette applicabilité des droits fondamentaux par les Cours de justice exige que, aussi bien à travers la modalité de reconnaissance du droit (ceci est, la structure de la norme que proclame le droit) que par la nature du droit et des facultés que celui-ci octroie, le précepte constitutionnel soit susceptible d'être appliqué par les juges et les tribunaux. Il ne suffit pas de déclarer que "tous ont le droit à..." ou que "les citoyens ukrainiens ont le droit à..." pour que le précepte correspondant puisse être appliqué et ainsi assuré par les Cours de justice.

Le Projet de Constitution ici commenté utilise de façon systématique l'expression avoir le droit à... (en anglais "has the right to...") qui apparaît 31 fois tout au long du texte du Chapitre II. Cependant une bonne partie de ces expressions sont projetées sur des droits dont le contenu peut être difficilement revendiqué devant les Cours de justice; ainsi, pour citer quelques-unes des plus significatives le droit des travailleurs au repos consacré par l'article 40 ou bien le droit à des conditions de vie digne consacré par l'article 43.

D'autre part, dans certaines occasions le texte du Projet utilise une expression plus précise; par exemple l'alinéa quatre de l'article 27 consacre que "toute personne est assurée d'une protection judiciaire de droit...", ce qui fait que la question se pose de savoir si la garantie juridictionnelle, dans les termes précédemment exposés opère uniquement vis-à-vis de ces droits particuliers. S'il en est ainsi la plupart des droits de liberté traditionnels seraient exclus de la garantie juridictionnelle avec le manque de protection en termes constitutionnels qui en découlent.

En somme, il conviendrait d'incorporer une mention spécifique concernant les droits fondamentaux dont le contenu est expressément assuré par les Cours de justice ordinaire sans qu'on puisse considérer cette exigence suffisamment satisfaite dans le premier alinéa de l'article 50 avec la mention excessivement vaste qui y est contenue.

Article 24. Il n'est pas reconnu avec une clarté et une précision suffisantes la procédure de habeas corpus consacré par l'article 5.4 de la Convention de Rome.

Article 28. Les possibilités de restriction de la liberté de résidence et, en particulier, la possibilité d'abandonner le pays sont excessivement larges, devant dans tous les cas être assurées à travers l'intervention judiciaire préalable.

Article 35. Ce précepte consacre le droit de pétition en des termes excessivement vastes, surtout en ce qui concerne l'obligation qui est imposée aux pouvoirs publics dans sa dernière phase.

Madrid, le 25 avril 1996

C O N C L U S I O N

concernant le projet de la constitution de l'Ukraine
(élections, référendum, la Rada suprême)

I. CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de la constitution de l'Ukraine du 24 février 1996, déposé devant la Commission de Venise pour la démocratie par le droit, marque un pas en avant dans le développement du procès constitutif. Le texte est une base solide pour continuer le travail jusqu'à l'étape finale dans le cadre de laquelle on pourra éventuellement préciser les différentes conceptions et perfectionner certaines formules constitutionnelles.

Avant tout, il faut noter que le projet atteint à un certain degré la correspondance nécessaire entre les exigences traditionnelles de démocratie qui sont obligatoires pour créer une constitution. Le refus de beaucoup d'idées liées aux conceptions trop radicales en ce qui concerne les possibilités de la démocratie directe (p.ex. le rappel des députés ou le vote d'nonconfiance au Président par un référendum national) mérite une appréciation positive. L'orientation générale du projet de la constitution vers une stabilité des principales institutions de pouvoir public est un indice de développement en direction correcte.

Dans le texte est tracée l'idée d'un système assez compliqué de révision de la constitution. On a déjà marqué la différenciation entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif. La circonstance même devient la garantie pour l'établissement de gouvernement constitutionnel et d'état constitutionnel. Il est

préférable, dans le cadre du schéma accepté, à prévoir que l'adoption définitive de la constitution et ses amendements seraient ultérieurement approuvés par un référendum national. L'introduction de l'exigence d'un référendum ratificatif exclura le danger de changement unilatéral "des règles du jeu" faits par qui que ce soit des participants au procès politique. De plus, il n'y aura pas d'autre occasion plus convenable que celle-ci pour organiser un référendum national par lequel le peuple souverain pourrait directement et définitivement exprimer sa volonté.

Il est nécessaire aussi de noter préalablement que le projet présente un assez bon équilibre entre les titulaires des pouvoirs séparés. Le modèle constitutionnel de la catégorie de l'ainsi appelé "gouvernement mixte" trouve sa place dans le projet de la constitution mais il se distingue des modèles traditionnels avec un nombre de particularités.

La création d'une législature bicamérale - la Rada suprême est constituée de la Chambre des députés et du Sénat - mérite une attention particulière. De cette façon le pouvoir législatif est divisé en deux parties et il y a un balance interne. Cette circonstance contribuera, sans aucun doute, à la perfection de l'activité législative et apportera une modération dans la vie politique du pays. Il est nécessaire, cependant, à faire une expérience pour définir plus clairement les fonctions des deux Chambres. Dans le cas opposé on peut arriver à une simple duplication de leurs fonctions, surtout quand le rapport des forces politiques est homogène.

La question de la procédure de fonctionnement de la Rada suprême mérite d'être discutée encore une fois. Le projet constitutionnel prévoit l'ainsi appelé fonctionnement "par sessions" selon lequel les deux Chambres sont convoquées à des sessions ordinaires dont la durée n'est pas déterminée. On suppose aussi la possibilité de la convocation à des sessions

extraordinaires. Cependant ce n'est pas la meilleure variante de fonctionnement de la législature nationale pendant la période d'instabilité politique et de réforme radicale du système législatif. Les sessions de courte durée étaient typiques pour le système soviétique de gouvernement. L'effet de l'application de cette méthode est très bien connu - privation de l'institution représentative nationale du pouvoir réel et de l'influence dans la vie politique du pays. Voilà pourquoi il est recommandable de fixer strictement les limites de fonctionnement de la Rada suprême en marquant d'une manière catégorique la durée des deux sessions ordinaires et même en acceptant une session à plus longue durée (p.ex. 9 mois), à l'image de la réforme française du 5 août 1958. En tous cas, il n'est pas à recommander la variante extrême adoptée par voie constitutionnelle en Bulgarie en 1991 - session permanente - car l'engagement politique continu très souvent amène à la fatigue et à la mauvaise qualité de l'activité parlementaire.

Le texte du projet constitutionnel n'éclaircit pas d'une manière catégorique le problème classique de la forme de gouvernement. Cette circonstance peut amener ultérieurement à des complications en interprétant le texte constitutionnel et provoquer "la guerre des institutions". Mais l'objection citée n'est pas la plus importante. Il est évident que l'orientation des créateurs de la constitution est vers l'ainsi appelé régime semi-présidentiel selon lequel le leader politique est le président, élu au suffrage direct par le peuple, qui est chef d'Etat et en même temps dirige le pouvoir exécutif. Dans ce contexte il est recommandable de renforcer les éléments de parlementarisme dans les relations entre la Rada suprême et le gouvernement. Le renforcement exagéré du pouvoir exécutif peut devenir une arme à deux tranchants - le fort pouvoir exécutif est nécessaire pour le gouvernement effectif et la mise en pratique

des réformes, d'une part, mais dans les cas d'insuccès on peut vite atteindre l'usure des personnes qui l'exèrcent, d'autre part. En même temps, il ne faut pas oublier que l'institution représentative nationale exerce aussi des fonctions purement politiques - intégrer les forces politiques et sociales, mobiliser un appui et faire légitime la politique exécutée. Voilà pourquoi il est à recommander de prévoir des procédures plus nombreuses et variées pour effectuer le contrôle parlementaire sur les actes, les activités et les intentions du gouvernement et des différents ministres.

II. NOTES CONCRETES

A. Chapitre III. Elections, référendum, initiative législative du peuple.

1. Art. 68, al. 1 du projet de la constitution

On prévoit dans le texte deux sujets qui peuvent déterminer les dates des référendums - la Rada suprême et le Président. Dans ce cas apparaissent des conditions pour une concurrence inutile entre les deux institutions et les référendums peuvent se transformer en arme pour lutter entre elles. Il est recommandable qu'un seul sujet ait le droit d'organiser des référendums et les raisons sont en faveur du chef d'Etat qui, comme une institution unipersonnelle, acquiert ses pouvoirs directement du peuple.

Comme la Rada suprême est la législation nationale, il est peu probable d'attendre qu'elle-même soit prédisposée à prendre des décisions pour déterminer des référendums sur une matière qui à l'ordinaire fait partie de sa compétence. A toute éventualité, on pourrait offrir à la Rada suprême

l'initiative de proposer au chef d'Etat de fixer la date du référendum.

La question si le Président doit avoir le pouvoir unipersonnel de fixer les dates des référendums ou bien ce pouvoir doit être lié à l'obligation d'exécuter des consultations préalables avec le gouvernement et les chefs des Chambres provoque un vif intérêt. L'exécution d'un référendum sur l'initiative indépendante du Président très facilement peut se déformer en manifestations autoritaires de l'ainsi appelée démocratie plébiscitaire.

2. Art. 68, al. 2 du projet de la constitution

La possibilité l'ainsi nommée "initiative populaire" de provoquer des référendums est très problématique du point de vue théorique et pratique. Le texte n'éclaircit pas bien quand et en quelles circonstances l'initiative populaire pourrait exercer ce droit. On soulève, par exemple, la question s'il est possible de faire des révisions de la constitution de cette manière. Ce pouvoir est en apparence démocratique de son naturel mais contient le danger potentiel d'être utilisé à des buts de populisme.

Si "l'initiative populaire" reste ainsi formulée il est recommandable de tracer d'une manière précise son objet en excluant la possibilité d'être utilisé pour des questions de caractère constitutionnel.

Une autre variante, plus restreinte, de l'initiative populaire est de prévoir la possibilité de déposer des textes législatifs devant la Rada suprême qui à son tour soit obligée à les discuter et à se prononcer sur eux. "L'initiative populaire" de ce modèle ouvre la porte aux citoyens de participer au processus législatif tout en gardant le mot dernier à la législature nationale pour la résolution des problèmes.

B. Chapitre IV. La Rada suprême de l'Ukraine.

3. Art. 74, al. 2 du projet de la constitution

Selon ce texte les sénateurs sont élus aux circonscriptions électorales à plusieurs sièges. Cette circonstance fait penser au système électoral proportionnel et éventuellement aux listes de parti. En fin de comptes cela peut amener à la reproduction au Sénat du rapport des forces politiques de la Chambre des députés et d'une certaine duplication des deux Chambres. Dans ce contexte la variante des circonscriptions électorales à un siège pour les élections des sénateurs mérite une discussion. L'avantage dans le cas proposé est qu'on crée une base plus différente pour la représentation régionale de territoire et que les sénateurs-mêmes auront un status et comportement relativement plus indépendants par rapport aux forces politiques qui ont proposé leurs candidatures ou les ont soutenu au cours de la campagne électorale.

4. Art. 80, al. 3 et al. 4 du projet de la constitution

On prévoit dans le texte que dans certaines situations - incompatibilité etc. - les Chambres puissent décider de lever avant terme le mandat de différents députés ou sénateurs et que ces décisions puissent être appelées par voie de justice. Mais il est peu admissible que les décisions d'une chambre de la Rada suprême soient attaquées par les tribunaux ordinaires. Comme il s'agit d'une matière de caractère

constitutionnel en général, la résolution des problèmes comme incompatibilités etc. peut être présentée directement à la disposition de la Cour constitutionnelle.

5. Art. 81, al. 4 du projet de la constitution

Dans ce texte il faut définir plus clairement le rôle du doyen d'âge. Il faut noter que sous sa présidence les députés prêtent le serment et sont élus les présidents des deux Chambres.

6. Art. 82, al. 1 du projet de la constitution

Les dates initiales des sessions ordinaires y sont déterminées mais leur durée n'est pas fixée.

Il est recommandable de garantir par la voie constitutionnelle des sessions assez longues pour que la législature nationale puisse mieux fonctionner.

7. Art. 83, al. 1 du projet de la constitution

Ce texte prévoit la possibilité d'avoir des séances à huis clos si cette décision est prise par une majorité qualifiée de 2/3 du nombre total des représentants populaires. Une telle exigence est trop exagérée. Dans ces cas la majorité ordinaire traditionnelle est préférable mais il faut introduire l'obligation de la publication des décisions prises au cours des séances à huis clos.

8. Art. 84, al. 1, p. 2 du projet
de la constitution

Il est nécessaire de noter encore une fois que le pouvoir de faire un référendum sur l'initiative du chef d'Etat est une solution plus réussie, à l'exception des cas visés dans l'art. 69 selon

lesquels on peut offrir l'initiative à la Rada suprême.

*9. Art. 84, al. 1, p. 9 en lien avec l'art. 109
du projet de la constitution*

Le texte constitutionnel prévoit que la Rada suprême peut éliminer le Président par la procédure d'impéachment dans les cas d'accomplissement de haute trahison ou autre crime grave. Cette variante n'est pas la meilleure car elle suppose un conflit direct entre les deux institutions politiques, en donnant la possibilité l'une d'entre elles de se prononcer sur le destin de l'autre.

Il est préférable que la Rada suprême ait la possibilité de formuler et de soulever une accusation contre le chef d'Etat mais il faut que la décision définitive soit prise par la Cour constitutionnelle.

10. Art. 85, p. 1 du projet de la constitution

Dans ce texte on prévoit que la Chambre des députés donne son approbation à la nomination du premier ministre de l'Ukraine par le Président. Dans ce cas cependant la question du caractère de "l'approbation donnée" ou refusée reste ouverte.

Il est recommandable que "l'approbation donnée" à la nomination du premier ministre soit liée au programme d'action du gouvernement. A ce rapport la procédure adoptée dans la Constitution de 1947 de l'Italie peut servir de modèle.

*11. Art. 85, p. 2 en lien avec l'art. 90, al. 2
du projet de la constitution*

Ce texte prévoit que la Chambre des députés peut prendre des décisions au sujet du programme du Cabinet des ministres. Il est clair qu'il s'agit du vote

classique de confiance demandé par le gouvernement. Ce cas est lié à l'art. 90, al. 2 du projet qui donne au Président le pouvoir de dissoudre la Chambre des députés si elle rejète le programme du Cabinet des ministres deux fois dans un délai de 60 jours dès la déposition.

C'est un des points les plus critiqués dans les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et les balances penchent au profit du Président. Car la nomination personnelle du premier ministre et l'approbation du programme du gouvernement sont étroitement liés, il est préférable que les deux procédures soient unies en une procédure commune.

12. Art. 86 du projet de la constitution

Ce texte unit quelques mécanismes classiques qui sont nécessaires pour obtenir d'information et pour exercer le contrôle parlementaire.

En règle général, le contrôle sur les actes du pouvoir exécutif de l'état contemporain a un caractère continu. Voilà pourquoi il est nécessaire de faire une distinction entre les procédures des questions et des interpellations. En même temps il faut prévoir une procédure spéciale pour demander un vote de nonconfiance au gouvernement. La diversité des formes et des moyens du contrôle parlementaire soulagera dans une certaine mesure le dialogue entre les pouvoirs et permettra l'échange des avis dans une large sphère de questions qui agitent l'opinion public.

Le simple schéma adopté pour la transformation d'une procédure en une autre contient le danger potentiel d'une escalation artificielle de la tension au cours des débats sans tenir compte aux dimensions réelles des problèmes.

13. Art. 93, al. 1 du projet de la constitution

Cet article prévoit qu'on peut donner le droit de l'initiative législative au Président de l'Ukraine. Cette circonstance, cependant, provoque des objections car le Président n'est pas politiquement responsable de ses actions devant la Rada suprême, d'une part, et les lois sont des moyens juridiques pour exécuter une politique concrète, d'autre part.

Dans ce contexte il est recommandable de laisser le droit de l'initiative législative au Cabinet des ministres et pas au Président de l'Ukraine. Il est nécessaire de noter que quand le gouvernement dépose un projet de loi il exprime le désir de réaliser son programme.

14. Art. 95, al. 4 du projet de la constitution

Selon le texte le veto suspensif du Président peut être surmonté avec une majorité de 2/3 des députés des deux Chambres. Il est nécessaire de noter que l'exigence d'une majorité qualifiée est assez élevée et peut troubler l'activité législative. En général, on introduit des seuils trop élevés dans le procès législatif - p.ex. pour surmonter les contradictions entre les deux Chambres on exige que la Chambre des députés prenne la décision définitive avec une majorité de 2/3 du nombre total. Tous ces obstacles peuvent causer beaucoup de problèmes au cours des dramatique transformations politiques et économiques.

Voilà pourquoi il est préférable de diminuer la barrière en admettant la possibilité de surmonter le veto suspensif du Président avec une majorité absolue des membres des deux Chambres. Une pareille méthode permettra, d'une part, d'avoir en vue les objections

du Président, et d'autre part - éviter le blocage de l'activité législative.

*

*

*

Il faut noter en conclusion que les idées et les principes fondamentaux sur lesquels est basée la constitution de l'Ukraine sont très bien repensés et ont leur logique interne. Nous espérons que nos notes et considérations sur certains textes du projet seront utiles aux créateurs de la nouvelle constitution de l'Ukraine et ils auront la possibilité de réfléchir encore une fois sur les éléments détaillés qui, à première vue, ne sont pas d'un intérêt capital mais ils peuvent avoir une importance considérable pour l'accomplissement en pratique du gouvernement constitutionnel.

Anna Milenkova
Bulgarie

**European Commission
for Democracy through Law**

**Draft Constitution of the Ukraine of February 24, 1996
Observations on Sections V and VI
by
Helmut Steinberger**

As far as Sections V and VI are concerned the Draft provides for considerable improvements as compared to the preceding draft*

* submitted in CDL (95)28; see the observations on this former draft by this author in CDL (95)39.

1. It is to be appreciated that the provision requiring a quorum of at least 50 % of electors participating in the election of the president in order the election shall be deemed valid, contained in the prior Draft of the Constitution (CDL(95)28), has been dropped in the present Draft of March 22, 1996). This avoids unforeseeable prolongations in the election of a president.

2. It is also to be appreciated that the power of the President to issue universals, decrees and directives that are mandatory for execution on the territory of Ukraine must have a basis in the Constitution or laws and must serve the purpose of implementing the Constitution and laws, art. 105 sec. 2 (after no. 26). While, as president Batliner rightly has pointed to, in traditional presidential systems it is rather rare to provide for normative powers of a president immediately in the Constitution itself, his powers in the Draft Constitution of Ukraine are very broad, which in a difficult period of transition may be acceptable. It is, nevertheless, worth of discussion whether normative acts of the President under art. 105 should be binding only on the executive branch, while normative acts touching upon the rights or duties of private individuals should only be issued in the form of a law or in the form of decrees authorized by a specific law providing expressly for the issue of such decrees, determining their purpose and their limits. In US-American, German and other legal orders it is a constitutional principle, contained in the principle of the functional separation of powers, that the essential normative determinations over a subject matter must be made by the legislature itself and must not be left to the implementing normative power of an executive organ.

2. It is a further improvement that the present Draft no longer, as former drafts did, provides for a vote of non-confidence in the president by popular referendum or parliamentary vote. This would have introduced a serious permanent element of instability in the system of government (see observations by the author in CDL(95)39).

4. The procedure of impeachment of the President has been considerably improved by the Draft (art. 109 v. prior art. 14/III), by providing, prior to the decision of the National Assembly, for an examination of the case by the Constitutional Court and receipt of its conclusion about observance of the procedure of investigation and consideration of the case of impeachment by the Constitution, and after receiving of the decision of the Supreme Court that charges brought against the President constitute a serious crime.

5. The majority of twothirds of the members of each Chamber required by art. 95 sec. 3 of the Draft in order to overrule the President's veto against a law passed by the National Assembly appears rather high. It might be considered to require absolute majorities in each Chamber.

6. As regards provisions concerning the Cabinet of Ministers it is an improvement that the present Draft no longer provides for "approving the personal membership of the Government of Ukraine" by the Supreme Rada, as the prior draft did, but only provides for the power of the Chamber of Deputies to ratify the appointment of the Prime Minister of Ukraine on the proposal of the President of Ukraine. The former draft might have seriously paralysed the President in forming a cabinet of ministers composed of persons he considered to be the most competent in carrying out his political programme.
The present Draft leaves it open what the consequences would be if the Chamber of Deputies (whose majority may well be in political opposition to the President) repeatedly refuses to ratify the President's proposals for appointment of the Prime Minister. Art. 90 of the Draft provides for the power of the President to dissolve the Chamber of Deputies if it has rejected twice, within sixty days after its first submission, the Program of Activity of the Cabinet of Ministers; but this power of dissolution does not appear to comprise the case of non-ratification by the Chamber of Deputies of proposals by the President to appoint a Prime Minister. So the danger of a stalemate between President and Chamber of Deputies - in a way inherent in any presidential system - cannot be excluded.

7. The power of the Cabinet of Ministers to pass orders that are binding provided for in art. 114 sec. 2 of the Draft should be subject to certain express limitations: Their binding force should be restricted to executive authorities, or if going beyond, for instance touching upon rights or obligations of private individuals, should require an authorization by a law determining the essential contents and scope of such orders. Otherwise the normative powers of the legislature might be circumvented or undermined.

Opinion on the Draft of the Ukrainian Constitution - Section VII
(the Procuracy) and Section VIII (the System of Justice)

I have considered two English drafts, both dated February 24, 1996, provided by the International Foundation for Election System and the Ukrainian Legal Foundation. Essentially there is no difference, however, I believe the second one is better.

Section VII
The Procuracy

I was asked whether the drafted procuracy should be a separate branch of power from the judicial and executive and what its scope should be.

I found the draft encouraging. The constitutional scope of power and competencies indicates a fundamental transformation of the former Soviet Procuratura. It is a crucial step towards democracy in the Ukraine. The Procuratura acts on behalf of the state in court and plays a dominant role in pre-trial investigations.

The draft (article 119, paragraph 5) outlines the law which will determine the cases in which the Procuracy will represent the interest of the citizen. It recommends limiting the number of these cases only when public interest is involved and when it is not in conflict with the fundamental rights and liberties of the individual. It is up to the individual to decide whether to ask for state assistance or not.

The outlined law determining the organization and procedure of the Office of the Procurator must define the Procuracy as a system of relatively independent authorities protecting the

Procuracy against political influence from the Executive power or the Procurator General.

Section VIII
The System of Justice

Article 124 is a fundamental one and relates to the initial appointment of a judge for a term of five years. The process of the transformation of the judiciary means that people who have very limited professional experience will be appointed.

It is my recommendation that there is no need completely to get rid of the inquisitory principle but simply to put the stress on the adversarial principle.

COMMENTS ON THE DRAFT OF THE CONSTITUTION OF UKRAINE BY PROF. SERGIO BARTOLE, UNIVERSITY OF TRIESTE.

This paper deals with the draft of the Constitution of Ukraine agreed upon by representatives of the President of Ukraine, Supreme Rada of Ukraine, Supreme Court of Ukraine and High Court of Arbitration of Ukraine. Unfortunately it was not possible to have a copy of the Constitution for the Autonomous Crimean peninsula which was adopted by the Parliament of Ukraine on Thursday April 4th, 1996. Therefore I have to restrict my comments to the text of the draft of the Ukrainian Constitution without having the chance of taking account of the new provisions about the Crimean Autonomy.

territorial structure of Ukraine.

Art. 130 looks a kind of political programme. Its normative content is very poor, even the relation between centralization and decentralization is not clearly determined, the balancing of these two different purposes is a task which is left to the legislator but the Constitution does not state the criteria of this balancing, especially with regard to the prevalence of one purpose on the another one. When the Constitution say that the territorial structure of Ukraine has to implement " the balance of social and economic development of regions taking into account their historical, economic, geographic and demographic specificities, and ethnic and cultural traditions ", it mentions the relevant elements of the balancing but it does not say if - in principle - the legislator has to give the preference to the centralization or to the decentralization.

Art. 131 shows a preference for decentralization when it states that the system of administrative and territorial structure of Ukraine " is composed " of the Crimean Autonomy, oblasts, raions, cities, municipalities and villages. But articles 116 and 117 implies the existence of a local organization of the State executive power over which the heads of the appropriate State administrations, who are obviously accountable to the State central bodies, preside. We

have to keep in mind that decentralization can be implemented in two different ways, that is in the form of autonomous self-governing communities or in the form of decentralized State bodies. Because both solutions are quoted in the Constitution, we can say that the question of the coexistence of decentralization and centralization is not settled in the way it is settled - for instance - in art. 5 of the Italian Constitution where the preference for the local self-government is evident.

Perhaps it could be advisable to transfer art. 130 to the Section I of the draft and connect it to art. 7, while Section IX could be enriched with more precise and clear provisions.

The Crimean Autonomy.

Section X of the draft does not offer a clear identikit of the Crimean Autonomy. According to my opinion three basic questions are still open about this topic:

- a) which is the relation between the Statute of the Crimean Autonomy provided for by art. 132 of the draft, and the Constitution for Crimea adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine?
- b) which is the measure of the constitutional guarantee of the Crimean Autonomy?
- c) which is the content of the normative powers of the Verkhovna Rada of the Crimean Autonomy? has the Rada the power of adopting legislative acts which can be compared to the legislative acts of the Ukrainian Verkhovna Rada?

In the following pages I'll try to clarify all these points.

- a) According to Reuter news the Constitution for Crimea was adopted by the Ukrainian Verkhovna Rada and it got 230 votes in favour. This majority is not the majority required by the Ukrainian Constitution in force for the adoption of the constitutional laws, that is laws which are allowed to amend or complete the text of the Ukrainian Constitution. In this way the Ukrainian Rada stuck to the provisions of the draft which don't require a special majority for the adoption

of the Statute of the Crimean Autonomy. Therefore we can argue that the Ukrainian Rada changed the name of the Act only and that the Constitution for Crimea is the Statute provided for by art. 132 of the draft.

If this is the case, but we need more informations about the content of the newly adopted Crimean Constitution, the only formally constitutional basis of the Crimean Autonomy will be the text of the Ukrainian Constitution, which does not have many provisions on the matter. Outside the scope of these provisions a large space of discretion will be left to the Ukrainian legislator, because the second part of art. 132 says that the Crimean Act " shall be approved by the National Assembly of Ukraine in accordance with the order determined for the adoption of the laws of Ukraine ". The Crimean Verkhovna Rada is not allowed to take part in the procedure.

It follows that the Ukrainian legislator will have a free hand in dealing with the implementation of the provisions of the Ukrainian Constitution concerning the Crimean Autonomy: he will be able to modify the Crimean Constitution at any time, extending or curtailing the content of the Crimean Autonomy without the participation of the Crimean governing bodies.

b) This point is strictly connected with the previous one.

Art. 150, section XII, of the draft explicitly allows the Verkhovna Rada of the Crimean Autonomy to ask to the Constitutional Court of Ukraine " the resolution of issues in regard to conformity with the Constitution (constitutionality) " of - inter alia - " laws and other legal acts of the National Assembly;; acts of the President of Ukraine; acts of the Cabinet of Ministers ". This is a very important provision because it provides for a jurisdictional guarantee of the Crimean Autonomy, entrusting its most important body with the power of asking a decision of the Constitutional Court when acts of the governing bodies of Ukraine conflict with the Ukrainian Constitution and - specially - with the constitutional provisions concerning the Crimean Autonomy.

But an essential component part of the constitutional guarantee is missing or not clearly stated. A constitutional judgement requires the existence of a fixed yardstick according to which the constitutionality of acts submitted to the review of the Constitutional Court has to be evaluated. In the case of the review of acts of the Ukrainian governing bodies the Constitutional Court has to stick to the constitutional yardstick, but it is a very poor yardstick because of the great discretionality left to the Ukrainian legislator in the field of the Crimean Autonomy. Only a few relevant elements of the Crimean Autonomy are provided for in the Ukrainian Constitution and the review of the Court is obviously restricted to their observance by the Ukrainian governing bodies. When the Constitution leaves the hands of the legislator free, the judicial review of the legislation is a very limited guarantee. Therefore the Crimean Verkhovna Rada could not complain about possible restriction of the Crimean Autonomy adopted - for instance - by the Ukrainian legislator in the exercise of his freedom of choice.

On the other side, according to art. 133 of the draft, "normative legal acts of the Crimean Autonomy shall not contradict the Constitution and the laws of the Ukraine". This provision implies that the Crimean normative acts don't have a previously fixed sphere of competence with regard to the authority of the Ukrainian legislator; the borders between Ukrainian legislation and Crimean normative acts can be always changing at the discretion of the Ukrainian governing bodies and - therefore - the Ukrainian legislator will be always free in changing the measure of the competences of the Crimean "legislator" and overruling the decisions of the Constitutional Court adopted on the basis of the previous Ukrainian legislation.

The mentioned flaws are specially evident if we keep in mind that the draft does not provide for a list of the items or matters which are given to the competence of the Crimean governing bodies; the Ukrainian legislator is entrusted with the task of providing for that list and he is allowed to enrich or curtail the list itself on

the basis of his own discretion. There is the danger that the Ukrainian legislator will act in behalf of his own interests, if it is true that, when enriching the competence of the Crimean governing bodies, he has to curtail his own competence and the other way round.

It would be advisable to list in the Constitution or in a special law, which could not be abrogated by the Ukrainian legislator " with the order determined for the adoption of the laws of Ukraine ", the items or matters which are given to the competence of the Crimean governing bodies. Moreover art. 133 could be modified inhibiting the Crimean normative legal acts from contradicting the Ukrainian Constitution and the principles of the Ukrainian laws only. My guess is that it would be advisable to have a stronger constitutional guarantee of the Crimean Autonomy: this result could be got through a clear, previous constitutional division of the relevant functions between the Ukrainian State and the Crimean Autonomy, which bound both the Ukrainian legislator and the Crimean legislator.

c) The draft does not speak about laws of the Crimean Autonomy, it uses a different expression, mentioning the " normative legal acts of the Crimean Autonomy ". But these acts can be submitted to the judgement of the Constitutional Court as the laws and the other legal acts of the National Assembly (art. 150). The question arises if art. 136 can be applied to the Crimean normative legal acts also or if the scope of that provision is restricted to the decisions and resolutions of the Crimean Verkhovna Rada. As a matter of fact the mentioned art. 136 explicitly allows the President of Ukraine to suspend the effectiveness of the decisions and the resolutions of the Verkhovna Rada of the Crimean Autonomy only, " while simultaneously applying to the Constitutional Court of Ukraine ". Normative legal acts of the Crimean Autonomy and decisions and resolutions of the Verkhovna Rada of the Crimean Autonomy are dealt with in different provisions, art. 133 and, respectively, art. 134: therefore we can

argue that there are two different sets of Crimean acts. But, according to art. 150 of the draft, normative legal acts of the Crimean Autonomy can be submitted to the Constitutional Court too. If there is a coherence between art. 136 and art. 150, we can think that normative legal acts of the Crimean Autonomy and decisions and resolutions of the Crimean Verkhovna Rada are the same thing. In this case we should share the remarks submitted by Prof Jan Klucka sub 2 of his paper. The danger underlined by Prof Klucka might be avoided if we clearly distinguish the normative legal acts from the decisions and resolutions of the Verkhovna Rada and restrict to these decisions and resolutions the scope of art. 136 only.

Local Self-Government.

Section XI was revised by the drafters after the submission to the Venice Commission of the previous draft. The text is sufficiently clear and precise.

I don't share the opinion of Prof. Alain Delcamp that the adoption of the indirect suffrage for the election of the councils of the raions and of the oblasts contradicts the principles of the Council of Europe in the field of the local self-government. My guess is that the draft clearly distinguish villages, municipalities and cities, which are territorial communities exercising the local self-government, from "the bodies of local self-government, that represent the common interest of the citizenry of villages, municipalities and cities", which are the councils in charge of raions and oblasts. As a matter of fact, we have villages, municipalities and cities which are territorial communities, on one side, and we have two levels of bodies of local government which have a territorial competence coinciding with the territory of the raions and the oblasts, on the other side. Raions and oblasts are supposed to be different from villages, municipalities and cities. Therefore it is correct adopting a different electoral system, requiring direct suffrage for the territorial communities and indirect suffrage for the councils of the raions and oblasts, because these bodies are envisar-

ged as the assemblies of the representatives of the councils of the territorial communities.

I would like to underline that the councils of the raions and oblasts, on one side, and the councils of the villages, municipalities and cities, on the other side, have a different legal nature, which allows a different legal treatment of them. Raions and oblasts are probably outside the scope of the principles of the Council of Europe in the field of the self-government, because the draft applies to them a model of local administration which allows the co-existence - with the territorial communities - of representative bodies which are not territorial communities but are elected by the councils of the territorial communities. Apparently (art. 141) these bodies don't have executive functions but deliberative functions only and we can guess that the implementation of their decisions is entrusted to the bodies of the territorial communities.

Introduction of changes to the Constitution.

The procedure aimed to amending the Constitution looks very complex: perhaps I got this impression because the wording of the relevant provisions is sometimes very clumsy.

The decision of entrusting only the President of Ukraine with the power of introducing " a law draft on changes to the Chapters I, III and XIII of the Constitution ", is a very restrictive one. It contradicts the principles of democracy and gives a lot of discretion to the President in shaping - for instance - the elections and the referendums: it is true that the draft does not mention the electoral systems which have to be adopted for implementing the Constitution, but art. 157 would inhibit the change of Chapter III without the initiative of the President even if the political parties agreed to " constitutionalize " the choices on the electoral systems. A different construction could be adopted if the " introduction " by the President were restricted to the formal submission of the draft to the Parliament on the basis of an initiative adopted according to art. 154. But art. 157 is clearly aimed at differentia-

ting two procedures for changing the Constitution.

The more general expression adopted in art. 155, where any change cancelling or restricting " the human and civil rights and freedoms "is prohibited, looks preferable to an explicit reference to the Chapter IV only, because a more general wording covers rights and freedom provided for in other parts of the Constitution also (for instance in Chapter I).

Final and transitional provisions.

Art. 162 uses different expressions in dealing with the old Constitution whose effect " is ceased ", and the Constitutional Agreement " loses validity ", " on the day when this Constitution comes into force ". Is the expression used with regard to the Constitutional Agreement (which was not adopted with the majority required for amending the Constitution still in force) aimed at giving the Constitutional Agreement a retroactive validity for the past?

Does Art. 1 of the transitional provisions imply the abrogation of the previous laws and normative acts which contradict the Constitution? Or does it allow the Constitutional Court to review the constitutionality of legal acts " adopted prior to the coming of this Constitution into force "? Both the solutions are possible, but the question rises whether the issue of the constitutionality of old laws and normative acts can be submitted to the Constitutional Court. (Is there a convenient procedure aimed at this purpose? If there is not such a procedure (and this is the case ex art. 150), the alternative of the abrogation can look preferable. But is it possible to have an effect of abrogation when the previous law contradicts a principle of the Constitution and this principle is too vague to take the place of that law in providing for the legal order of the social relations concerned.

Art. 3 of the transitional provisions follows a contradictory line in dealing with the judiciary. It should be advisable to elect or appoint new judges when " the judicial system of Ukraine pursuant to Article 123 of this Constitution is formed ", instead of waiting

" the end of the term for which they were elected or appointed ".
Such a solution would guarantee a coherence to the overall functioning of the judicial system.

Sergio Bantale

C o m m e n t s
on the Draft Constitution of Ukraine of February 24, 1996

(Chapter XIII. - The Constitutional Court of Ukraine)

1. Chapter XIII. of the draft of Ukrainian Constitution sets up permanent constitutional court entrusted with "exclusive constitutional jurisdiction in Ukraine" (article 145 of the Draft). The creation of constitutional court fully correspond to the prevailing practice of states to protect the constitutionality of own legal order by the special, permanent and independant judicial body.

2. Scope of the constitutional jurisdiction

Within the authority of the Constitutional Court falls constitutional control of various acts of ukrainian legislation (laws and other legal acts of the National Assembly, normative legal acts of Crimean autonomy, acts of president of Ukraine and acts of cabinet of Ministers). There is reflection of repressive norm control methode whereas only the laws and other legal acts yet enacted may to be submitted to the Constitutional court. The presumption of constitutionality of these norms should be however respected; it means that each legal norm is valid and effective as long as the Constitutional court decides to be null and void due its unconstitutionality. It might be therefore appropriate to re-consider the wording of article 136 of the draft stating that: "In the event the decisions and resolutions of Verkhovna Rada of the Crimean autonomy contradict the constitution of Ukraine, the president of Ukraine may suspend their effectiveness while simultaneously applying to the constitutional court of Ukraine". Suspensive effect of the president's decision may results in damages might have occured due to inaplicability of concerned decisions and resolutions of Verkhovna Rada until the decision of Constitutional Court, is taken. If there is a need to review the constitutionality of certain legal norms (including the normative legal acts of Crimean Autonomy) urgently it seems

appropriate to provide the subjects entitled to bring the case before Constitutional court with the right to apply for prior (urgent) proceedings and the competence of Constitutional Court to comply with well founded requirement of this kind. This right of "priority" should be however granted for all subjects listed in article 150 of the Draft.

3. The same conclusion (as above under point 2.) can be applicated with respect of article 142 of the Draft according which: "In the event that resolutions of bodies of local self-government violate the constitution, laws and other legal acts of legislation of Ukraine, they shall be suspended by the representative of the president of Ukraine in the Crimean autonomy or the heads of respective states administrations with a simultaneous adress to a court to declare them to be ineffective". The following other points should be clarified as regards as this article. What is relation between self-government bodies and state administration of Ukraine if the head of appropriate state administration organ can suspend the resolution of local self-government has been adopted within the scope of its exclusive competence? I fully understand the subordinate position of local self-government bodies to the state administration within the scope of competences have been transferred from state administration bodies to the self-government bodies (article 141). It is therefore logical that "Bodies of self-government are subject to control by appropriate bodies of executive power regarding issues concerning the exercise of powers transmitted to them".

The draft of Ukrainian constitution on the other hand does not fixe subordinate position of self-government bodies to the state administration organ within the ambit falling into its exclusive "self-government" competences (articles 140 and 141 of the draft).

4. Article 142 of the Draft entrusts the ordinary courts to review i. a. the constitutionality of self-government bodies resolutions. It is fully in discretion of each state to decide

whether the constitutionality of its legal norms and other legal acts will be reviewed exclusively by Constitutional Court or by another judicial bodies (ordinary courts) as well. The Draft of the Ukrainian constitution provides no reply on the question if the appeal against the decision of ordinary court (founding the unconstitutionality of self-government resolution) is allowed and if another means of local remedy, can be used as well.

Said by another words it is not quite clear if the Supreme Court of Ukraine will be the last institution entitled to take final decision on constitutionality of self-government resolutions.

If there will be no such competence of Supreme Court appears however the risk of diverging jurisprudence among the ordinary (lower) courts as regards as the constitutionality of the self-government resolutions adopted within the framework of its competences as determined in articles 141 and 142 of the Draft.

5. Legal consequence of the decision of the Constitutional Court has found unconstitutionality of the law and other legal acts is (according article 152 of the Draft) that concerned legal norms: "lose their force and effect from the date that the decision about their unconstitutionality was adopted". Article 150 of the Draft states: "The decisions of Constitutional Court... are binding throughout the territory of Ukraine, and are final and not subject to appeal". The decisions of constitutional court providing official interpretation of constitution and laws have the same quality.

There is an erga omnes effect of constitutional court decision starting "from the date of the adoption of decision". If the legal norm (or its part) loses its validity it seems appropriate to promulgate this "erga omnes" decision in the Journal Official. The necessary pre-condition for all states organs and other bodies concerned by the decision of Constitutional Court is to be officially informed of the legal norm (its part) being found unconstitutional. It is not very

appropriate to connect the lose of validity of legal norm with the "date of adoption of decision". At that moment apart of the Constitutional Court and both sides of the case nobody knows of the abrogation of the law. The lose of the validity of the law or other legal act should enter into force after the publication of Constitutional Court decision in Journal Officiel.

It seems reasonable as well to fixe time limit for publication of the decision of the Constitutional Court in Journal Official to enable the legislative body or another organs to comply with requirements of decision and to adopt new law (amendment) to be conformed with the constitution.

6. Apart from decision making power, the Constitutional Court of Ukraina is authorized to adopt conclusions (visnovki). According article 151 of the Draft: "conclusion on the completion of the constitutional procedure of investigation and consideration of the case on the removal of the president by the order of impeachment" article 159 ("conclusion of the Constitutional Court regarding the correspondance of the law draft to the requirements of articles 155 and 158 of the Constitution", and article 151 "... conclusions on the constitutionality of international treaties of Ukraine submitted for ratification".

These articles insert into draft some elements of the preventive norm control of constitutionality (international treaty before ratification the draft od constitutional law). To become effective part of constitutional jurisdiction it seems usefull to clarify their constitutional status. If they represent legally binding acts of constitutional court or not-there is a crucial question on which has to be answered.

7. One of the competences entrusted on the constitutional court is "official interpretation... of the law". It seems to me quite unusual competence of the Constitutional Court inconsistent with the wording of article 145". The constitutional court has exclusive constitutional jurisdiction

in Ukraine". According to the general principle the task to provide the official interpretation of the laws of another legal acts belongs to these legislative bodies what enacted the norms. I understand that reviewing the constitutionality of law the constitutional court has to interpret the law or its part (provision) to find its content either constitutional or unconstitutional. This kind of competence exceeds the scope of constitutionality and cover the "legality" of all legal order of Ukraina.

This legal regulation grants for the national assembly of Ukraina only right of unofficial interpretation of its own laws.

8. According to article 152 of the Constitution: "laws and other legal acts are considered unconstitutional... if there was a violation of the procedure for their consideration, adoption or coming into force determined by the Constitution".

These kind of competences is typical for countries adopting preventive norm control approach to the constitutionality of laws and other legal acts. It seems appropriate to review the constitutionality of the law (from the view of its compliance with constitutional procedures of its consideration, adoption) prior to its enactment and official promulgation.

This approach does not excludes the later review of the constitutionality of valid and promulgated law with respect of its content.

9. The independence of constitutional court depends also on the existence of its own budget. It is important to administer its own budget without any interference. It would be convenient to amend the provisions of article 147 of the Draft (similarly as in the case of ordinary courts - see article 129 of the Draft).

10. As regards as article 149 of the Draft (pre termination of term office of the judge) it would be convenient

to confirm expressis verbis that decision on matters listed under points 1 - 6 of this article falls into exclusive competence of Constitutional Court.

One of the reasons of pre-termination of term office of constitutional judge is "oath-breaking" but the Chapter XIII. of the Draft contains no text of the "oath" of constitutional judge. It seems useful to insert the text of the oath of constitutional judge into chapter XIII. (oath of the president - art. 103).

11. It is somewhat surprising that the constitutional court does not appear in the Chapter on the judicial authorities. It might seem more logical whereas article 6. of the draft distinguishes only between legislative, executing and judicial branches without separately mentioning constitutional court.

Košice April 10, 1996

Whitby
JUDr. Ján K L U Č K A
Member of the Venice Commission